17

13



POR
DON JVAN FRANCISCO
DE POLANCO, VEZINO DE LA CIVDAD de Xerez de la Frontera.

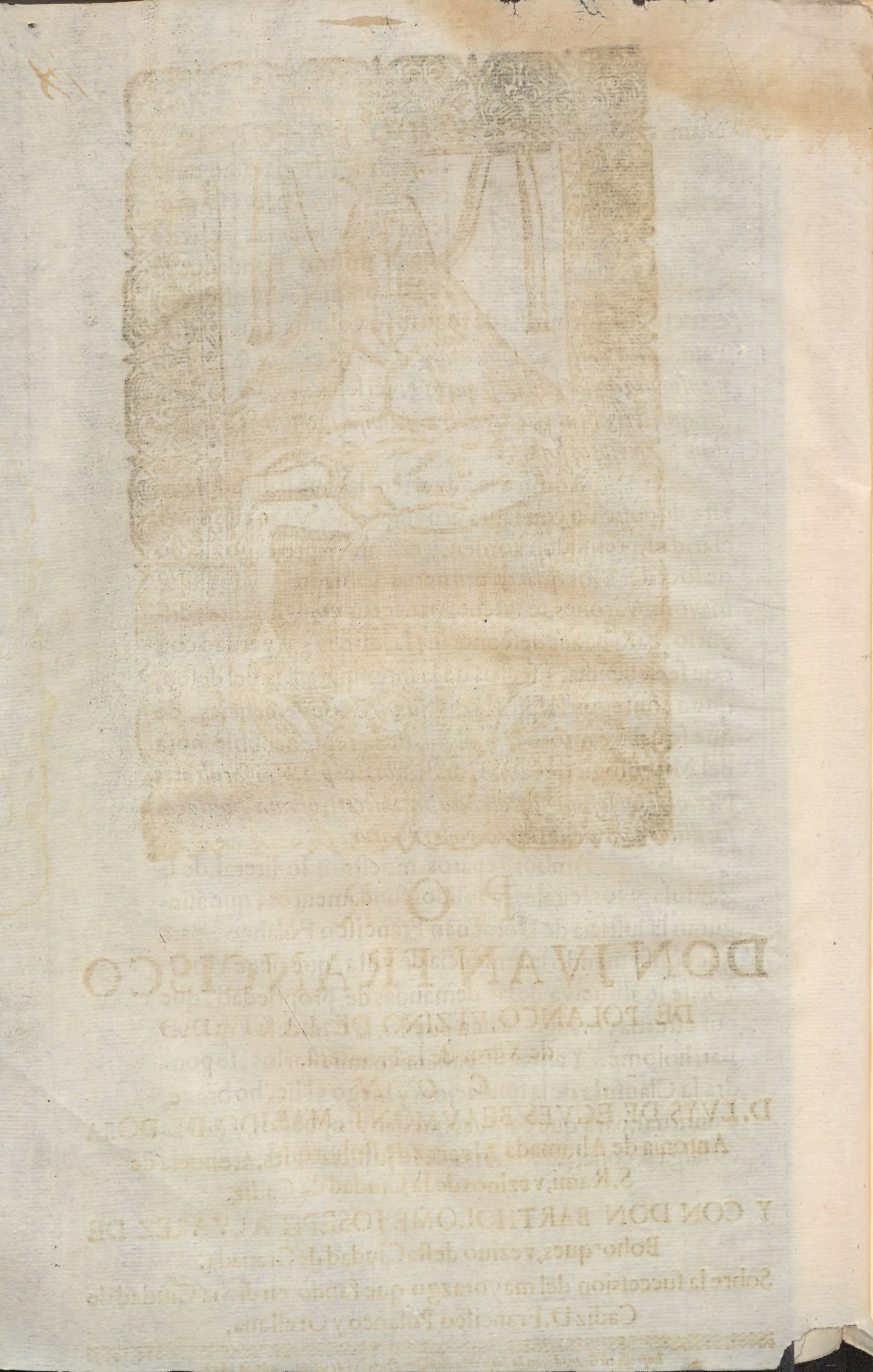
CON

D. LVYS DE EGVES BEAVMONT, MARIDO DE DOñA Antonia de Ahumada Alvarez de Bohorques, Condesa de S. Rami, vezinos de la Ciudad de Cadiz.

Y CON DON BARTHOLOME JOSEPH ALVAREZ DE Bohorques, vezino desta Ciudad de Granada.

Sobre la succesion del mayorazgo que fundò en dicha Ciudad de Cadiz D. Francisco Polanco y Orellana.

Impresso en Granada, en la Imprenta Real, por Francisco de Ochoa. Año de 1696.



Num. 1. SIENDO LA FORMAL contextura de el testamento original en el proceso presentado, ordenada, y escrita por el mismo Fundador la regla conque se distribuye, y el metodo con que ha de regirse su voluntad, iuxta illud Paul. *ad Ephes.* 4. *Vnicuique data est gratia secundum mensuram donationis, l. si quis* 15. vers. *Secundum ea, quæ his, qui liberalitatem exercuerunt, visa fuerunt, & secundum præscriptos fines fiat*

2 Admira la advertencia, que hallandose en esta disposicion con tanta providencia, y tan estudiosa claridad, prefinido el orden, y circunscripto el govierno de suceder à los quatro primeros llamados, y sus hijos mayores varones, se intente pervertir con violentos discursos para hazer desconocida la justicia, y verdad con que se defiende. Efectos de la intemperancia del deseo, que à conseguir aspira la dignidad, ò conveniencias, de que se halla remoto, y digno de la reprehensible nota del Mithologico Natal Conde, *lib. 2. cap. 2. Vbi facultates lucrandi furiosum desiderium invaserit, omnia siquidem facillime conculcantur, & posternuntur.*

3 Ambos reparos muestran lo literal de la clausula, y los legales, y solidos fundamentos, que asseguran la justicia de Don Juan Francisco Polanco, para que confirmando la sentencia de vista, que tiene à su favor, se le absuelva de las demandas de propriedad, que por este mayorazgo le han puesto la Condesa, y Don Bartholomè. Y antes de passar à manifestarlos, se pondrà la Clausula de la fundacion; y luego el hecho breve, y puntual, para que despues queden propuestos, y de todo salga la conclusion cierta de su justicia evidente.

CLAV-

4 Item, es mi voluntad, que todos estos tributos, isleta de casas, y heredad de viñas, que tengo en el pago de Burgena, termino de Xerez, sea heredera vniversal de todo ello la dicha Doña Cathalina Marrufo de Negron mi legitima muger, mientras viviere. Y despues de sus dias.

5 *Hago vinculo, y donacion de la isleta de casas, que arriba refiero*, à Don Diego de Bohorques, *mi sobrino, Cauallero del Abito de Santiago, para èl*, y sus hijos varones. *Conque* el mayor, y primero *se aya de poner* Diego, ò Francisco de Polanco.

6 *Y donde no, venga* à su hijo *del Capitan Don Bartholomè de Bohorques, Cavallero del Abito de Calatraua, mi sobrino, hermano del dicho Don Diego, conque ha de sèr su apellido* Polanco, y sus Armas. *Y en no queriendolo assi hazer qualquiera de los dichos dos hermanos*, ò sus hijos varones, à quien les venga.

7 *Suceda en el dicho vinculo, y mayorazgo* D. Francisco Ruiz y Polanco, *hijo de Don Juan Antonio Ruiz y Polanco, Juez de Indias que fue de esta Ciudad de Cadiz*, y en su hijo mayor *que tuviere.*

8 *Y en falta dellos* à Don Juan Ignacio Ruiz y Polanco *su hermano*, ò el mayor de sus hijos, *llevando siempre el nombre* de Diego, ò Francisco, *no poniendose Ruiz, ni otro sobre nombre, mas que el de* Polanco; *y poniendo en todo* las Armas, *como las tengo à la puerta de mi casa principal.*

9 *El qual dicho vinculo es condicion, que no pueda ser vendido, ni enagenado, aunque sea por facultad Real, ni dado à tributo, ni de por vida ninguna de las dichas casas, por trabajos, cautiverios, desgracias, ni sucessos, que sucedan al que los heredare, no lo pueda hazer.*

10 *Y si lo hiziere, dexo por herederas à las hijas mayores de Don Bartholomè de Bohorques. Y despues de Don*

Don Diego su hermano, y despues de Don Francisco Polãco, hijo de Don Juan Antonio, Juez que fue de Indias, y hijas de Don Juan de Polanco su hermano. Y en falta de todos à la Iglesia mayor de Cadiz, para que lo convierta en casar huerfanas, y pobres vergonçantes.

11. Muerto el Fundador por el año passado de 641. discurriò la succession de este vinculo hasta Don Baltasar de Bohorques, Conde de San Rami, segundo llamado, hijo de Don Bartolomè; y por aver muerto sin hijos en el año passado de 684. dexando por heredera à Doña Elena su hermana, y faltado tambien sin succession Don Francisco Polanco, el tercer llamado, entrò en la possession de este Mayorazgo Don Juan Francisco, como hijo vnico varon de el quarto llamado, y vltimo substituido Don Juan Ignacio Polanco.

12. A que no aviendose opuesto, ni la Doña Elena, hermana mayor de dicho Conde Don Baltasar, vltimo posseedor, ni Doña Isabel, la madre Doña Antonia, la Condesa que oy litiga, si solo Don Bartolomè Joseph, pretendiendo ser hijo natural de dicho vltimo posseedor; sin embargo fuè vencido, y por executoria de sentencias de vista, y revista de esta Chancilleria, manutenido en su possession Don Juan Francisco, como oy lo esta.

13. Assi vencido, y excluido Don Bartolomè por esta executoria del año de 687. en el siguiente de 88. sale ante la justicia de Cadiz Doña Isabel, hermana de la Doña Elena, y del vltimo posseedor, contradiziẽdo la possession referida, y que le tocaba como à tal hermana del vltimo posseedor; y por sentencia fue tambien vencida, de que apelado à esta Corte por la de vista, pronunciada en 25. de Octubre de 689. fue confirmada la de el inferior, y manutenido Don Juan Francisco, sin embargo de la oposicion de la Condesa Doña Isabel, y de la Doña Antonia su hija vnica, que à este tiempo (por aver muerto su madre) avia salido al pleyto, y su curador ad litem.

14. De cuya sentencia, aviendose por este suplicado, introduciendo juntamente el juizio declaratorio, y de propriedad, y ofrecidose à probar, concluso, y visto, se reservò la prueba para difinitiva, y mandò, que la Doña Antonia eligiesse el juizio que quisiesse; y queriendo el de la propriedad, fuesse consintiendo la possession en la forma ordinaria: esto, por auto de los señores de la Sala de 15. de Noviembre de 689.

15. De que aviendose suplicado por el Curador de Doña Antonia, y traido cedula de informe, y despues otra de resultas para ver el pleyto possessorio en revista con el señor Presidente, y Sala entera de quatro señores; al mismo tiempo se mādò en 14. de Março de 690. que la parte del Don Juan Francisco contestasse el juizio de la propriedad, introducido por la Doña Antonia, que ya entonces estaba casada, como oy lo està con el Don Luis de Egues.

16. Desde aqui se quedò suspensa la prosecucion del pleyto hasta Julio de 694. que Don Bartolomè Joseph, el que fue vencido por la executoria referida supra *num.* 12. sale deduciendo la propriedad, pidiendo, se condene al Don Juan Francisco a la restitucion de los bienes de el Mayorazgo, con frutos, desde la muerte de el vltimo posseedor, excluyendo à la Condesa, y al Don Juan Francisco; y para legitimar su persona reproduce el pleyto de alimentos, que siguiò con el Conde, y Doña Elena su hermana: probanças q̄ en el hizo, y sentencias de vista, y revista, en que por el año passado de 691. fue declarado por hijo natural de dicho Conde Don Baltasar.

17. Don Juan Francisco contestando las demandas, excluye al Don Bartolomè, por no ser hijo natural; y quando lo fuesse, por estar excluìdo de la sucession, y à la Condesa Doña Antonia, por no tener llamamiento, y ser hembra. Esta excluye à ambos, por hija de hermana de el vltimo posseedor. Y todos tres, vnos

vnos à otros opositores, por diferentes razones de quibus infra.

18. Cuyo puntual hecho sucintamente del processo deducido, assi supuesto, llegando ya á los legales discursos, siendo *Tres* en el numero las partes, en el mismo serà la demonstrativa division de sus fundamentos juridicos en nuestra defensa, siguiendo, no solo el metodo, y distribucion de el Fundador, que dividiò la clausula en tres partes, si tambien imitando el consejo del Principe de la eloquencia in *lib. 1. de invent. rerum*, donde tuvo el arte desta reparticion en las defensas oratorias por el mas lucido claro, y elegante.

19. *Al primero, pues, se aplicaràn los que asseguran la admission expressa, assi de hecho, y voluntad, como de Derecho para suceder en este Mayorazgo Don Juan Francisco de Polanco.*

20. *Al segundo, por su orden, los que excluyen à Doña Antonia de Ahumada la Condesa de San Rami.*

21. *Y al tercero, y vltimo, al vltimo, y tercer opositor Don Bartolomè Joseph con los que absolutamente le convencen, y destruyen su oposicion.*

22. *Y en fin de todos saldrà la conclusion juridica, que ofrecemos de la justicia manifiesta, con que Don Juan Francisco se defiende de sus contendores, y espera ser absuelto de sus pretensiones.*

DISCURSO PRIMERO.

EN QVE BREVEMENTE SE DECLARA, assi por voluntad, como por disposicion de Derecho, el que tiene Don Juan Francisco à la sucession de este Mayorazgo.

23. PRincipio elemental es en la razon de Derecho sacar la mejor inteligencia de qualquier disposicion promiscuamente de las personas que la

la executan, y en cuyo favor se confiere, *l. cum delanionis* 18. *§. Instrumento, ff. de fund. instruct. l. fin. ff. pro socio, l.* 11. *ff. de militar. testament.* Cum pluribus Giurb. *de feud.* 2. *part. §.* 13. *num.* 90. Molin. *de Ritu nupt. lib.* 3. *quæst.* 41. *num.* 4. Mantic. *de coniect. lib.* 6. *tit.* 10. & 11. Dom. Valençuel. *cons.* 5. *à num.* 20.

24. Con esta direccion para graduar la naturaleça de este Mayorazgo al punto aparece patente la que tuvo el Autor de su fundacion, de que en èl succediesse el hijo mayor varon de Don Diego, con el gravamen de este nombre, ò el de Francisco, y el de el apellido, y armas de Polanco; y donde no, el de Don Bartolomè de Bohorques, con el mismo gravamen de apellido: y que faltando estos, ò contraviniendo, entrasse Dõ Francisco de Polanco, y su hijo mayor varon. Y en falta de ellos Don Juan Ignacio su hermano, ò el mayor de sus hijos, con el gravamen de nombre, armas, y apellido.

25. Segun esto, hallamos vna voluntad clara, y expressa de fundar Mayorazgo de agnacion rigorosa, ò ficta de nuda, y simple masculinidad, inducida, y formada por el gravamen de apellido, y armas ex notatis à D. Vela, *disert.* 49. *à n.* 45. D. Larr. *decis.* 54. *nu.* 11. con vna total, y absoluta exclusion de hembras, y llamamiento discretivo, y gradval de varones mayores, cada vno de los nombrados, y en su linea, y grado substituidos. Regla, que para decission de estos casos dieron el señor Don Luis de Molina, *lib.* 1. *cap.* 5. *à num.* 39. Vbi Add. *num.* 36. & 29. Dom. Castill. *lib.* 2. *cap.* 4. *à num.* 78. & *lib.* 5. *cap.* 92. *à num.* 2. Dom. Larrea, *decis.* 34. *à num.* 1. Giurba, *decis.* 32. *num.* 14. Casanate, *cons.* 23. *num.* 14. & *cons.* 4. *num.* 231.

26. Con que siendo dirigida la voluntad de el Fundador à los varones hijos mayores, gradatim nõbrados, y substituidos, y prevenido, que faltando los tres primeros sin hijos, de esta calidad succediesse el del vltimo; scilicet Don Juan Ignacio. Y llegado ya el caso, y ve-

y verificada la condicion, y qualidades requisitas en la persona de Don Juan Francisco, pues lo es el varon vnico de aquel, y que han faltado sin ellos los otros tres, se halla defendido de las tres reglas, y fundamentos legales para obtener la succesion deste mayorazgo, en possession, y propriedad.

27 Estas sacadas de las tres calidades que para conseguirlo se requieren, que son. *Llamamiento. Calidad. Y Caso. La primera, ex l.45. Taur. l.1. C. quor. bonor.* ibi: *Et ad hæreditatem, vel bonorum possessionem admissum probaueris, l. cum ita legatur 33. §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* ibi: *Qui nominati sunt, Authent. de restitution. fideicommiss. §. nos igitur*, ibi: *Qui à testatore anteponitur præferendus est. La segunda*, ex dict. *l. 1. C. quor. bonor.* Dom. Molin. *lib. 1. cap. 13. num. 36.* Valasc. *consil. 151. num. 21.* Amat. *decis. 11. num. 33.* Giurba, *decis. 99. num. 10. Y la tercera, ex l. 21. ff. de vulgar.* vbi Gloss. *l. 38. & 39. §. filio impuberi, l. Lucius 45. ff. eodem.*

28 Y todas tres circunstancias de *Llamamiento. Calidad: Y Caso*, advertidas, y exornadas per D. Larream, *decis. 33. num. 33.* Burgos de Paz, *cons. 34. n. 21.* Casanat. *cons. 4. num. 9.* Dom. Castill. *lib. 6. cap. 166. num. 68.* Dom. Valenç. *cons. 97. num 22. & 216.* Dom. Solorçan. *tom. 2. de Indiar. Iur. lib. 2. cap. 19. à num. 3.* Fussar, *de substit. quæst. 359. à num. 1.*

29 Ex quibus evidenter patet, tam ex dispositione fundatoris, quam ex omni legis auxilio, & iuris providentia legitimum inveniri successorem D. Ioannẽ Franciscum. Et licet breviter probatum relinqui promissum in primæ partis inscriptione. Ideoquè ad secundam transimus, vbi amplius erit agendum.

DISCVRSO SEGVNDO.

EN QVE SE FUNDA LA EXCLVSION de la Condesa.

30 POr las Reglas de Mayorazgo Regular quiere governar su intento , haziendo vna idea de concepto fantastico, para destruir la misma disposicion. Porque si el llamamiento que el Fundador hizo de hembras, fue para en caso de enagenar los bienes alguno de los quatro primeros llamados , en q̃ parece deshaze el vinculo , y las instituye por herederas ; mal puede pretender la Condesa por vinculado, lo que solo pudiera pedir , no estandolo , por averse contravenido à la condicion, cuyo caso no se ha verificado ; y assi para no poder oponerse à este juizio, le obsta la regla del Jurisconsulto *in l.1.§.3.ff. de dote prælegat.* ibi : *An falcidia locum habeat, & negat habere, quoniam fideicommissum quoque negat valere, l. egi tecum, ff. de except. rei iudicat.* vers. *Cum non aliter*. Et alijs similibus.

31 Mas viendose por aqui cerrada la puerta à su admission, pues ni es, ni puede ser hijo , ni nieto varon de ninguno de los llamados , torciendo el sentido recto de la Clausula, voluntad , y mente manifiesta de el Fundador , solicita para fundar regularidad en este mayorazgo , y que le assistan las comunes de linea efectiua , y grado con el vltimo posseedor, incluir al Conde Don Bartholomè su abuelo, y padre de este en el segundo llamamiento, y primera substitucion , haziendo dudosos los llamamientos, discurriendo voluntariamente, y aplicando à su modo lo literal de la Clausula, omnino repugnante à tan violento discurso.

32 Intento estraño de la razon, y que reprobò señor San Geronimo *in Epistol.5. ad Paulin.* ibi : *Sed ad sensum suum incongruè aptant testimonia, quasi, grande sit, & non vitiosissimum dicendi genus deprouare sententias,*

tias, & ad voluntatem suam scripturam trahere repugnantem. Y para que no se haga disputa desta supoficion, pudiendose convencer con juizio cierto, se repetira lo formal de la disposiciõ. *Vt ex lectione cognoscatis cuius modi possit habere substantiam.* Verba sunt *cap. Bene 96. distinct.* & quomodo in tali allegatione *Cythara cum Psalterio male concordat.* Vt dixit text. *in cap. diuersis 5. de Cleric. coniugat.*

33 Las palabras de que se vale son estas: *Hago vinculo, y donacion à Don Diego Boborques, mi sobrino, para èl, y sus hijos varones, con que el mayor se aya de llamar Diego, ò Francisco de Polanco. Y donde no, venga à su hijo del Capitan Don Bartholomè de Boborques, mi sobrino, hermano de Don Diego: conque han de ser su Apellido, y Armas de Polanco. Y en no queriendolo assi hazer qualquiera de los dichos dos hermanos, ò sus hijos varones, à quiẽ les venga, succeda en el dicho vinculo Don Francisco Ruiz y Polanco, &c.*

34 De aqui induce, que aviendo puesto el Fundador en condicion al padre del segundo llamado, y vltimo posseedor, de traer el Apellido, y Armas, se entiende puesto en la disposicion, y tener tacito llamamiento, ex Dom. Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 2.* qui in diversis terminis loquitur. Y que à lo menos, estando contemplado el padre en la persona del hijo, esta el padre comprehendido en este llamamiento: *argum. l. 3. §. interdum, ff. de legat. 3.* Dom. Castill. *tom. 5. cap. 84. n. 28.* Roxas, *de incompatibilit. part. 8. cap. 5. num. 59.*

35 Y que assi estando comprehendido el padre en el llamamiento del hijo, y aviendo faltado este, debe entrar la Condesa, como su nieta, y de su linea, representando à su madre Doña Ysabel, y al dicho Don Bartholomè su abuelo, ex *l. 40. Taur. l. 5. & l. final, tit 7. lib. 5, Recopilat.* Dom. Covarr. *pract. tit. 38. num. 58.* D. Molin. *lib. 3. cap. 6. à num. 2.* Robles de Salcedo, *de represent. lib. 2. cap. 29. à num. 2.*

Este

36 Este es el argumento, y empeño de su defensa, que respondido con claridad, se desvanece su poca substancia. Que Don Bartholomè, padre del vltimo posseedor, y abuelo de la Condesa, estè incluido en el llamamiento de su hijo es incierto; porque siendo este mayorazgo, cuya propriedad es indiuidua, y estando llamado el hijo, mal lo puede estar el padre simultaneamente, pues son imposibles de imposibilidad moral, ex *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum, ff. commodat.* cum vulgat.

37 Que no pudo estar llamado el padre, antes, ni despues del hijo, patet, no antes; porque las palabras claras de la substitucion excluyen esta conjectura, ibi: *Y donde no, venga à su hijo del Capitan Don Bartholomè de Bohorques.* Ni menos despues, porque demàs de que fuera impropio, dize: *Y en no queriendolo assi hazer qualquiera de los dichos dos hermanos, ò sus hijos varones, à quien les venga.* A quien, pues, le avia de venir conforme à la voluntad expressa del llamamiento precedente? Al hijo mayor varon de Don Bartholomè, no al padre, porque no estaba llamado.

38 Luego si la relacion: *A quien les venga,* corresponde precissamente al hijo, y no al padre, no puede darse principio, raiz, ni origen de que proceda linea efectiva para derivar la succesion, por repugnar à la disposicion antecedente, vt notant Altograd. *cons.* 54. *à num.* 36. ibi: *Ad personas proximè, & immediatè tantum nominatas.* Latè Ramon. *cons.* 100. *à num.* 217. Rot. apud Merlin. *decis.* 41. *à num.* 1. Azeved. *cons.* 15. *num.* 47. & ex Gloss. *in l. si quidem, C. de except.* Bald. *in Authentic. hoc, num.* 1. *C. de testament. & in l. legum, C. locat.* Joseph de Sesse, *decis.* 124. *num.* 19. Fontanel. *de pact. nupt. claus.* 2. *gloss.* 10. *part.* 2. *à num.* 21. *& decis.* 171. *num.* 3.

39 De cuya inteligencia indivisible, y forçosa, como explicada, baxo de vn mismo contexto, se viene en conocimiento de la dislocada, y violenta aplicacion

cion del contrario discurso de querer incluir al padre en el llamamiento del hijo sobre quien solo apelan las palabras, y terminos del prescripto en la disposicion, siendo contra la naturaleza, y regla elemental de la demonstrativa relacion singular el extenderse de los limites, y personas antecedentes demonstradas, Bald. *cons.*212.*num.* 1. D. Francisc. Hieronym. de Leon, *tom.*3.*decis. Valenti.* 25.*num.*8. cum alijs Niger. Cyriac. *controvers.*174.*num.* 5. & 51.

40. Y de este principio firme se assegura otro; scilicet, que las palabras condicionales siguientes declaran lo que se contiene en las dispositivas superiores recibiẽdo luz, inteligẽcia, y claridad las vnas de las otras, y guardando vna misma continencia, assi à las personas, como a las cosas sin otra circunstancia, ni tension, *l.fin. ff. ad Trebell.* Bartol. *in l.centur.quæst.*3.*ff.de vulgar.* Bald. *cons.*186.*num.*24.*lib.*2. Vincent. de Franch. *decis.* 179. Cephal. *cons.*638. *num.*1. cum multis Casanat. *cons.*29. *num.* 60. Y mas quando el motivo que pudo tener el Fundador para poner aquellas palabras: *Y en no queriendolo assi hazer qualquiera de los dichos dos hermanos, ò sus hijos varones à quienes les venga*, fue, por que como Don Baltasar era menor, y baxo de la potestad de Don Bartolomè su padre, por si acaso este por su hijo no consentia, ò hazia alguna repugnancia, mandò, que succediesse Don Francisco Polanco: mas no por esto contemplò al padre en el llamamiento de el hijo, vt notant relati DD.

41. Con que no aviendo persona llamada, que dè principio à à la linea, mal puede aver representacion de derecho, que nunca huvo en el que lo avia de transmitir para que lo adquiriesse el descendiente por la persona de el padre, vt resolvunt Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.*7.*num.*1. Dom. Gregor. Lop. in *l.*3.*tit.*13.*part.*6. verb. *Mugeres*, *quæst.*18. cum pluribus Dom. Castillo, *lib.*3.*cap.*19.*num.*64. Y mucho menos quando al hijo le

falta la qualidad por el Fundador prevenida del ſexo de varon, como aqui la Condeſa, que no puede repreſentar à ſu madre Doña Yſabel, que por hembra eſta excluìda; y aſſi procede de principio defectuoſo, de que no puede aver derivacion, vt ex *l. ſi viva matre, C. de bon. matern.* Et vulgar. notant, Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. Peregrin. *de fideicom. art.* 25. *num.* 28.

42. Mas aunque ſin perjuizio de la verdad confeſſaramos, que el padre eſtuvieſſe comprehendido por la contemplacion en el llamamiento para deſpues del hijo, y aſſi la Condeſa en ſu linea efectiva, ò ſin eſto eſtè en la contentiva de el vltimo poſſeedor ſu tio, hermano de ſu madre, todavia no puede eſtar tacita, ni colectivamente llamada, antes ſi, expreſſa, y ſingularmente excluìda, por reſiſtirle la diſpoſicion de Derecho, y manifieſta voluntad del Fundador.

43. Lo qual ſe prueba, de que aſſi como en la linea de ſangre, ò de comun ſucceſſion, que ſe llama linea de ſubſtancia, ex *l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *l.* 6. *Taur. l. ſtemmata, ff. de grad.* La forma recta de ſucceder ſe va continuando del primer poſſeedor de primogenito en primogenito; y faltando eſtos en el que les ſigue, guardando la prerrogativa de grado en linea, ſexo en grado, y edad en ſexo, conſiderandoſe en cada vno linea derecha, que el primer ſucceſſor conſtituyò para ſi, y ſus deſcendientes, ex *cap.* 1. *de natur. ſucceſ. feud. l.* 2. *tit.* 6. *part.* 4. Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 41. Vbi plures add. Dom. Covarrub. *practicar. cap.* 38. *num.* 6. & ibi Faria.

44. Sic etiam en la linea de calidad el primer ſucceſſor conſtituye linea de ſucceſſion para ſi, y todos ſus deſcendientes, que tuvieren la calidad del llamamiẽto; y ſegun èl, y ſus condiciones, ſolo ſe comprehenderàn eſtos en la linea efectiva, ò contentiva del primer llamado, y vltimo poſſeedor, y no otros à quien falta la calidad, ò ſexo prevenido por el llamamiento; en lo qual obra la voluntad del Fundador.

Cu-

45. Cuyo especial efecto es, que si el llamamiento comprehende solos varones, & per consequens excluye las hembras, aunque se consideren en linea recta de substancia, no estan en la linea recta de calidad, en que solo se atienden los varones, como si no huviera hembras procedidas del ascendiente comun; pues por ser incapaces para suceder ex defectu qualitatis, & propter sexus differentiam, se consideran tanquam si non essent.

46. *L. 1. §. Qui habebat.* ibi: *Filius incapax non obstat sequentibus in gradu, ac si mortuus fuisset. ff. de bonor. possess. secund. tabul. l. pater filium.* Vbi Gloss. *ff. de inoficios. testament.* Dom. Gregor. Lop. *in l. 2. gloss. 19. tit. 15. part. 2.* Dom. Molin. *lib. 1. cap. 9. num. 17. & 29. & lib. 3. cap. 13. num. 15.* Mier. *2. part. quæst. 3. num. 7.* Avendañ. *in l. 45. Taur. gloss. 2. num. 9.* Pat. Molin. *de iust. & iur. disp. 624. num. 4.* Thesaur. *quæst. Forens. lib. 1. quæst. 34. num. 34.* Dom. Paz, *de Tenut. cap. 34. à num. 12. ad 31.* Dom. Larrea, *decis. 51. num. 7.* Anneo Robert. *lib. 3. rer. iudic. cap. 5.* Y esta es la regla que se observa en los mayorazgos de agnacion, ò simple masculinidad, en que no las comunes, si no las especiales puestas por el Fundador, obran, y disponen, vt ex *l. 40. Taur.* & alijs diximus supra *num. 63.*

47. Que este Mayorazgo sea, y se tenga por de agnacion, ò á lo menos de nuda masculinidad (cuya diferencia no es del intento explicar, pues para el caso qualquiera de las dos basta) patet evidenter. Primo de los llamamientos continuados de varones, sin interposicion de hembras, tanslineando familias, y cabeças el Fundador para buscarlos en cada substitucion, ex doctrina original Ricardi de Malumbre, à quien sigue Juan Andres con mas de 150. AA. que alegn Tiraquel. *quæst. 12. num. 12. & quæst. 13. num. 6.* y otros que añade Menoch. *cons. 172. num. 13. & cons. 400. num. 42.*

48. En cuyo discretivo llamamiento no pueden

den comprehenderse hembras propter sexus incompatibilitatem à iure in omni dispositione consideratam, *l. 1. C. de adulter. l. spadonem, §. Si liberti, ff. de excusat. tutor. l. 1.* Vbi Gloss. verbo. *Viriles, l. 2.* Et Gloss. verbo. *Nemo, C. de vestib olober, & aurat. faciunt l. 63. §. 1. ff. de condit. & demonstr. l. cum Prætor, ff. de iudic. l. sicut certi, C. de testament. milit. cap. Rainaldus de testam.* Y es conclusion comun Bartol. in *l. cum avus num. 4. de condit. & demonstr.* ibi: *Quia ex eo, quod voluit masculos excludere substitutos; videtur voluisse, quod fœminæ illos non excluderent*, Bald. *in l. 1. ff. de legib.* Iasso. *in l. si quis, num. 21. ff. de iurisdiction omn. iudic.* Et Canonistæ omnes in dict. *cap. Raynaldus.*

49. Y sentencia de todos los DD. de nuestro Reyno, que juntan Dom. Gregor. Lop. Avendañ. Burg. de Paz, y Dom. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 30.* donde nota, que (*etiam depuesta la causa de la agnacion*) *llamados simpliciter los varones, estàn excluidas las hembras*; y sus adicionadores con otros que alegan breviter ita concludunt: *Quando masculus simpliciter vocatur nulla facta fœminarum mentione tunc fœminæ omni tempore, & inquocunque casu excludi debent, quia inclusio masculorum est perpetua exclusio fœminarum.*

50. Infinitos juntaron con irrefragables fundamentos Anton. Faba. Cyriac. Capyc. Latr. Joseph de la Rosa, Caved. Cevall. Dominc. Antun. Mantic. Menoch. Gam. Flores de Mena, Roxas, Dom. Castill. & Dom. Vela, *disert. 49. num. 2.* Dom. Larrea, *decis. 33. nu. 35. & 46.* donde funda, *que el llamamiento precisso de varones obra lo mismo que la exclusion expressa de las hembras*. nam in iure id dicitur expressum, quod ex mente, & verbis testatoris elicitur, *l. Gallus. §. Quidem rectè, de liber. & posthum.* y alega à Molin. *lib. 3. cap. 13. num. 43.* Alvarad. Menoch. y ootros.

51. Y en terminos de nuestro caso, y pretension de la Condesa, quando el padre, ò los hijos varones estàn

estàn puestos en la condicion, ò gravados en la disposiciõ cum masculinitatis seù varoniæ expressione nominatione, aut qualitate, quod fœminæ nullatenus possint comprehendi; imo verò absolutè, & omnino censeantur exclussæ propter sexus differentiam; lo notaron Bart. vbi supra Cravet. Barbac. Mandel. de Alva, Joan, de Nigr. Dom. Molin. *lib. 1. cap. 6. sub num. 2.* Tyber. Decian. Menoch. y otros muchos que juntò Vicent. Fussar. *de substit. quæst. 402. num. 5. & quæst. 437. num. 36.*

52. Y es en tanto grado, que no solo las hembras, y las que procrearen, como aqui la Condesa, que es hija de Doña Ysabel, si no tambien los varones, que de ellas nacieren, por venir ex radice infecta, y principio vicioso, que nunca tuvo entrada para la succession, ex *l. si viva matre, C. de bon. matern.* Et alijs Bald. *cons. 40.* Dom. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 30.* Dom. Vela, *disert. 49. num. 52. & 78.* Dom. Larr. *decis. 34. num. 35. & 46.* Surd. *cons. 421.* sobre el Estado de Veragua, Paul. de Montepico, y Cephal. *cons. 25.* sobre el de Alburquerque, & alij apud Dom. Valençuel. *cons. 118. à num. 8.* Dom. Castill. *tom. 5. cap. 92. à num. 2.* August. Barbos. *vot. decis. 7. à nu. 13. tom. 1. & vot. 70. à num. 1. lib. 2.*

53. Lo segundo de ser el Fundador, y los quatro primeros llamados, y sus hijos todos varones, y con esta qualidad, puestos en la condicion, y disposicion, que induce agnacion precissa, vt ex Peregrin. Surdo, Tyber. Decian. Menoch. & alijs Dom. Larrea, *dict. decis. 34. num. 28.* Barbos. *dict. vot. 70. num. 21.*

54. Lo tercero de la calidad, y sangre ilustre del Fundador, que juntas con el gravamen de nombre, apellido, y armas, declaran la agnacion rigorosa, ò ficta de nuda, y simple masculinidad inducida con este gravamen, en que no pueden tener entrada las hembras, como incapaces de tener el nombre que corresponde à los varones, ni de conservar el apellido, y armas, ad tradita per Mantica, *de coniectur. lib. 6. tit. fin. à num. 1.* Dom. Ve-

la, *disert.49. à num.45.* Dom.Larr. *decis.54. à num.11.*

55. Lo quarto de la repeticion continuada de varones; no solo en los dos primeros, si no en los otros dos segundos llamados; y siendo el Fundador deste sexo, y aviendo buscado varones de linea en linea: no cabe, ni es verisimil, que quisiesse comprehender hembras, ni los que de ellas procediessen, ex fundatis à Dom. Vela vbi sæpius *à num.57.*

56. Lo quinto, y vltimo à posteriori se prueba, y saca de toda duda el penultimo llamamiento, y posterior substitucion à los varones referidos, que solo tienen las hembras prevenida por el Fundador, para en caso de engenacion de los bienes en que reciprocamente las entra llamando, y substituyendo, à cada vna con la prelacion de lineas, y llamamientos, que antes tenia hechas, & probant Cephal. *cons.37.num.27.cons.52.num.24 cons.93.num.9. & cons.196.num.24.* Menoch. *cons.613.num.9.* Simon de Prætis, *de interpretat.vltim.voluntat.lib.3.interpret.3.dub.1.solut.12.num.10.* Magon. *decis.Lucens.59.num.9.* cum alijs Niger Cyriac. *controvers.96. à num.48.*

57. De que assimismo manifiestamente se infiere otra consequencia legitima sacada de la voluntad expressa del Fundador, que pues puso en las condiciones antecedentes à los quatro primeros llamados con los gravamenes, y modos que los instituyò, y substituyò, y con la qualidad de varones, y los privò de la succession, en caso de enagenar los bienes: el que precissamente los llamò; pues aliàs fuera vano el quitarles lo que no tenian, ni les avia dado, *l.3.§.Si quis ita lægaverit, ff.de adimend.legat.l.3.§.Conditio, l.legatum, 21.ff.eod.* Privatio namque præsupponit habitū, *l.decem 116.ff.de verb.oblig. l.manumissiones 4.ff. de iustit. & iur.* carentiæ enim sunt habentium sicut privationes habituum, vt inquit Bald. in *l. licet 8.in 3.opposit.sub num.2.C.locat.*

58. Y en este mismo sentido, y comprehension

sion se entienden expressamente puestos los varones en lo dispositivo de las primeras oraciones, y palabras antecedentes, para evitar el absurdo, que lo fuera, dezir, que en lo dispositivo estaban solo incluìdos los primeros, y en lo condicional de la contravencion los segundos: siendo su virtud enixa, è individua, sin poderse diferenciar los efectos de su recto significado, vt optimè advertunt Surd. *cons.* 308. *num.* 15. Ramon, *cons.* 15. *num.* 46. & 47.

59. Et egregie in specie Andræas Alciat. in *l. liberorum, num.* 15. & 16. *ff. de verb. signif.* ibi: *Pone institutos filios, & ne alienent gravatos si enim in verbis prohibitionis continentur, cur non in verbis institutionis comprehendi debent? Consentaneum est eadem verba eandem recipere interpretationem.* Et Dom. Castill. *tom.* 3. *cap.* 15. *nu.* 37. ibi: *Hoc ergo ipsum, quod necessario concedi debet in his duabus partibus d. dispositionis, atque maioratus institutionis æqualiter concedendum est in alia parte prædicta; cum omnes sint adeo proximè in eadem dispositione, atque verbis eisdem expressæ, & sic vniformiter sunt terminandæ.* Rota apud Merlin. *decis.* 864. *num.* 27. & *decis.* 390. *num.* 20. Casanat. *cons.* 17. *per tot. maximè à num.* 25. Vbi plures Menoch. *cons.* 497. *num.* 8. Scipion Rovit. *cons.* 50. *nu.* 26.

60. Bien se considera por la condesa, que todo lo referido es inegable, como patente, y que resulta de la voluntad expressa del Fundador; mas contra ella quiere inducir por subterfugio el decreto de la Real pragmatica del año 615. *l.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* que ordena: *En los mayorazgos, que de alli adelante se fundaren las hembras de mejor linea, y grado no se entienda estar excluidos de su succession, antes se admitan, y prefieran à los varones mas remotos, assi varones de varones, como varones de hembras, si no fuere en caso que el Fundador las excluya, y mande que no sucedan, expressandolo clara, y literalmente, sin que basten presumpciones, argumentos, ni conjecturas, por precissas, claras, y evidentes que sean, &c.* De que infiere,

que

que siendo sobrina del vltimō posseedor, y mas proxima en grado à este, y al Fundador, y del, no estando excluida, debe succeder: si la ley, y pragmatica referida hablara en este caso, se pudiera aplicar su decission; mas no hablando, ni siendo para èl, de ningun modo se puede ajustar, ni traer à consequencia.

61. Que no habla patet evidenter, por que la ley, considerando las dudas tan inaccessibles, y controversias tan reñidas en los AA. sobre si estando llamados los hijos, y descendientes varones del primer llamado, y à su falta substituidos otros de la misma calidad, se entendian excluìdas las hembras, por no estar expressamente llamadas, y que por solo conjecturas en succession perpetua de llamamiento de descendientes, las excluìan por varones remotos de otra linea, estando ellas en la de la succession, y substancia, y ellos en inferior grado, no aviendo voluntad expressa, y declarada de el Fundador de excluirlas.

62. Contra cuya resolucion contraria se opuso el señor Don Luis de Molina, *lib*.3. *cap*.4. *num*. 37. diziendo, que en los tres casos de claro por el varon, ò claro por la hembra, ò dudoso por esta; solo en el primero podrà obtener el varon: mas no por esso quitò la pragmatica la forma, y disposicion de la voluntad de los Fundadores, que antes per l. 40. Taur. mandò guardar como inviolable ley, ex *l. conditionibus*, cum vulgatis disponat testator, & erit lex, *ff. de condition. & demonst.*

63. Y assi, como no quiso que las hembras tacitamente llamadas por el Fundador en el llamamiento generico de descendientes, y comprehensivo de hembras se excluyessen de la succession, assi tampoco quiso, ni es de creer, que los legisladores, que con tanto acierto la ordenaron, quisieran que aquellas se admitiessen, no teniendo tacito ni virtual llamamiento, y que succediessen contra la voluntad del Fundador, que quiso el que (como aqui) no entrassen en la successiō de su mayo-

raz-

razgo, si solo por otro titulo de herederas, y como en bienes libres. para solo aquel caso de enagenar algunos los varones que contemplò, llamò, y quiso, que solos fuessen los sucessores de este Mayorazgo.

65. Estas, ù otras semejantes consideraciones aliàs discurridas por el señor Don Joseph Vela en la *disert.* 49 *num.*62. & 70. son de tanta fuerça en el sentir de este Autor, y demas señores, que en su tiempo determinaron diferentes pleytos en esta Chancilleria, cuyas decissiones alli apunta, no obstante la pragmatica à favor de los varones llamados, y substituidos, declarandolos por legitimos sucessores en competencia de las hembras existentes en las lineas de los primeros; admitiendo para esto las presumpciones evidentes, que resultan cõtra las hembras à favor de los varones nominatim, & specificè llamados, y sus lineas, que cada vno constituyò para si, por el especifico, y literal llamamiento.

66. Faltando los quales, dize, que conforme à la pragmatica no puede, ni debe hazerse extension de vnas personas à otras, ni la agnacion limitada, y restringida à ciertos casos, lineas, y personas ampliarse vltra gradus, personas, ò lineas à testatore præfinitas, por mas presumptiones, y conjecturas, que resulten, ò se quieran inducir de la voluntad del Fundador, ò disponente, si no fuere en caso de voluntad clara, de q̃ nunca sucedã, & ita fundamenta decissionum huius Regali Senatus, & suam sententiam confirmat Dom. Vela, dict. *disert.* 49. *num.* 70.

67. Y aunque el señor Don Juan del Castillo, *lib.*4 *cap.*56. *num.* 100. dixo, que en los mayorazgos fundados despues de la promulgaciõ de la referida pragmatica de el año de 15. ningunas conjecturas basten para excluir las hembras de mejor linea, y grado por varones remotos; demas de no oponerse a lo referido, se cõvẽce con lo que en su respuesta dize ipse Dom. Vela vbi sæpius num.62. in fin. en que nota, que solas conjecturas no bastan para excluirlas, pero ayudadas de la volun-

rad,que por ellas,y lo literal de la clausula;se descubre,y aclara ser expressa de no admitirlas, y llamar varones de otras lineas, es precisso que se admitan;por que aliàs fuera destruir la voluntad del testador, y tantas reglas,y doctrinas de los AA. contra los principios de Derecho, *l. si quando 35. ff. de inoffic. testam. cap. in Ecclesia vestra 57. de elect.* Lo qual no se pvede discurrir de lo justificado de la dicha ley, y pragmatica.

68. Conforme à lo qual, el decreto de ella, no solo no es, ni puede ser favorable à la Condesa, si no que expressamente le obsta su decission, y limitacion; pues si ordena, y determina, que no se excluyan las hembras por varones remotos de otras lineas, si no es en caso claro, y expresso del Fundador, de querer que no sucedã. Y siendo, como es el de esta fundacion tan claro, y expresso, como queda ponderado, y el mas vrgente, y manifiesto, que se evidencia de la penultima substicion, en que solo llama las hembras por herederas en el caso de enagenacion, en el qual parece que deshaze el vinculo, y priva à los varones de la sucession, para que los tenia llamados, introduciendo à las hembras por herederas. Que es en la substancia, y realidad lo mesmo, que si dixera.

69. Los quatro primeros llamados varones han de ir sucediendo cada vno en su lugar con los llamamientos, condiciones, y substituciones que tengo hechas, sin que entre ellos se interponga hembra descendiente de la linea de ninguno; por que ni es capaz de tener el nombre de Diego, ò Francisco, ni de conservar la memoria de mi apellido, y armas de Polanco; con lo qual, y la prohibicion de enagenar los bienes que les impongo la conservo. Y si alguno de los dichos varones llamados tratare de destruirla, y el vinculo de los bienes por la enagenacion, desde luego lo deshago, y privo de la sucession; y entren à suceder en dichos bienes como libres (por que parece que assi lo supone) las hembras

de

de los referidas, à quienes instituyo por herederos substituyendo las vnas a las otras vulgar, y reciprocamente; pero no faltando à la obligacion, y condiciones con que a estos varones tengo llamados, quiero que ellos solo sucedan, cada vno en su lugar; y que no entren las hembras, a quien no quiero introducir, ni llamar para este vinculo, mientras subsistiere; por aver cumplido los varones referidos con su obligacion, condiciones, y gravamenes, que les dexo impuestos.

70. Todo lo qual se tiene, y debe tener por claro; pues no es conjecturable, ni de presumpcion, si no de evidencia, aunque las palabras con que el testador lo explicò no lo dixessen literalmente; en cuya voluntad, y manifiesto concepto, no à lo formal de las vozes con que lo expressò se debe atender, para que se tenga su voluntad por clara, y no conjecturable.

71. Ita probant text. in *l. Cum virum* 16. *C. de fideicommiss.* ibi: *Voluntas magis quam verba plerumque intuenda est*, *l. Filios* 16. *C. Famil hercisc.* ibi: *Verum quibuscumque verbis voluntas eius declarata sit*, *l. Si quis* 9. *C. Quæ res pignor.* ibi: *Voluntas contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere*, *l. Si quis* 3. *C. de liber. præter.* ibi: *Verborum interpretatio nusquam tantum valet, vt melior sensu existat*, *l. Sed si non aliàs* 88. *ff. de legat.* 1. ibi: *Et hoc ita est licet non conditionaliter expressisset tamen manifestissimè probatur.*

72. Y concurriendo aqui tan premeditado discurso, y deliberado animo de afecto manifiesto. erga primos vocatos possitos in dispositione, & substitutione conditionali portandi nomen, & arma Fundatoris, & nō alienandi maioratus bona. Cuya afeccion declarada es el mas eficaz interprete de su patente voluntad, y la que de este principio resulta no es tacita, sino expressa, y manifiesta. Ita formaliter ex *l. Aurelius* 28. *§. Titius* 3. *ff. de liberat. legat.* *l. Si servus plurium. §. final, ff. de legat.* 1. Et ex alijs Fusar. *cons.* 200. *à num.* 1. Mantic. *de coniect. lib.* 5.

tit.

*tit.*11.*num.*1. *& lib.*6.*tit.*10.*num.*13. Ramon. *conſ.*13. *num.*40.cum pluribus Caſanat.*conſ.*47.*à num.*27.

73. Y aunque la compoſicion de las palabras diſpoſitivas no tenga formalidad literal, ſi en la ſubſtancia adequada al acto, incluyen vna miſma reſolucion, ſe deben proporcionar, y reducir à ſu cauſa, y al termino, y fin conſiderado en la diſpoſicion. Caſanat. *conſ.*10.*num.*38. Bartol. *in l. Ariſto, ff. de donat.* Pinel. *in Rubr. C. de reſcind. vendit.* 2. *part. num.* 1. Ramon. *conſ.*95. *num.*76. Por que la naturaleza de las coſas atrae à ſi las palabras, y las declara por voluntad expreſſa de quien las pronunciò, ſegun la ſugeta materia de ſu aplicacion combinando la virtud, y eſſencia del acto à que ſe ſubordinan, *l. emancipati* 36. *ff. de adoption.* Et ibi Gloſſ. verb. *Loco*, *l. promittendo* 46. Vbi Gloſſ. verb. *Conditionis. ff. de iur. dot.* Laſſart. *de Gabell. cap.*4. *num.*36. Girond. *eod. tract. part.* 11. *num.*28. Garcia, *de expenſ. cap.*23. *num.*19. D. Franciſc. de Pont. *conſ.*63. *num.*63.

74. Pues como notò Bald. *conſ.*357. es menos inconveniente impropriar, y violentar las palabras, que no la naturaleza de las coſas, y los diſignios, ò dictamenes de la voluntad; ſequitur Nata, *conſ.*108. *num.*33. *volum.*3. maximè quando de lo contrario ſe altera, y limita odioſamente el orden favorable prefinido de las ſucceſſiones, y eſpecificos llamamientos hecho por el Fundador, Gloſſ. *in cap. Cum dilectis de cenſur.* Ludovic. Roman. *conſ.*318. *num.*5. Curtio Iun. *conſ.*228. *num.*9. Carol. Ruin. *conſ.*90. *num.*3. *lib.*2. Dom. Molin. *de primog. lib.*1. *cap.*8. *num.*18. *& lib.*3. *cap.*13. *num.* 42. Menoch. *conſ.*61. *num.*27.

75. De manera, que ſolo ſe ha de mirar en ellas ſi ſon capaces de aquel ſignificado concepto que demueſtran, y que menos ſe oponga al principal inſtituto, y reglas que conſiderò la diſpoſicion: que mejor conviene, y ſe adapta à las perſonas contempladas: que es mas veriſimil, mas adequado à la razon natural, y que

ſe

se conforma mas con lo que prudentemente se pudo pesar por el testador, ex *l. Lucius 45. ff. de hæred. instituend.* Peregrin. *de fideicommis. articul.* 13. *num.* 45. Cyriac. *controvers.* 302. *num.* 48.

76. Y en este se han de recibir, y conservar, aunque sea impropriandolas de lo literal aparente, por salvar en todo la mente, y animo expresso con aquellos terminos que se propusieron, y con que supo explicarse el Fundador, vt notant relati DD. & in specie Scipion Rovito, *cons.* 40. *à num.* 5. *ad* 19. Niger Cyriac. *controversiar.* 522. *num.* 99. vers. *Vnde non tantum verba sunt attēdenda, quantum personæ quarum contemplatione facta est dispositio*, Alexandr. *in l. hæredes mei, §. Cum ita, ff. ad Trebell.* Aretin. *cons* 145. *in fin.* Socin. Sen. *cons.* 52. *num.* 23. *lib.* 4. Paul. Rubeo, *cons.* 135. *in fin.*

77. Y assi, aunque la condicion referida, y palabras que la expressaron nada pongan de nuevo en la disposicion, en que por ser de mayorazgo para su perpetuidad, no se necessita de repeticion en cada vna de las personas substituidas, ex notat. à Dom. Molin *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 11. à lo menos presupone, y declara en fuerça de necessario antecedente, el contenido de todos los llamamientos superiores, teniendo para este efecto sus palabras virtud de voluntad expositiva, y asserente.

78. Por que con aver puesto el Fundador vniversaliter, & gradatim à cada vno en su lugar en la condicion referida, de que siendo varones vsassen del nōbre, apellido, y armas; para privarlos de la sucession, y que entrassen las hembras à heredar los bienes, presupuso, y declarò, que todos ellos avian de ser admitidos en su lugar à la sucession de este Mayorazgo; antes que entrassen las hembras substituidas para en el caso de contravencion, y enagenacion de los bienes, que solo este se pudiera verificar, quando alguno de los llamados los huviera enagenado, el qual precissamente, por voluntad clara, y expressa de el Fundador era el gravado con esta restitucion.

79. Y de esta forma los dichos primeros llamamientos, y substituciones de los varones fueran vanas, y ociosas, y ni pudieran ocupar la sucession, ni menos ser de impedimento para que las hembras, solo por serlo de mejor linea, y grado, estando como estan despues de ellos substituidas, y para en dicho caso, entrassen à heredar, si antes de dichos substitutos, y llamados pudieran hazerlo, con que se destruyera la voluntad del testador, y su animo declarado, y expresso. Ita considerant ex *l.* 1. §. *Si proponatur*, vbi Bartol. *ff. Si quis omiss. testam.* Surd. *cons.* 539. *à num.* 5. & *cons.* 402. *num.* 25. Cyriac. *contr.* 96. *num.* 48. *controv.* 301. *num.* 30. & *controv.* 302. *num.* 46. Calanat. *cons.* 16. *num.* 8. & *cons.* 60. *à num.* 4. Ramon. *cons.* 61. *num.* 34. Rota apud D. Ludovis. *decis.* 208. *num.* 2. Vbi Add. *litter. A.* Menoch. *cons.* 901. *num.* 29. Altograd. *cons.* 95. *num.* 66. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 83. *nu.* 2. Cum alijs Gracian. *discept. Forens. cap.* 751. *num.* 9. Surd. *cons.* 45. *à num.* 25.

80. Et comprobatur ex decission, text. in *l. Cùm in testamento* 37. §. *Qui tres, ff. de hared. instituend.* Donde resuelve el Jurisconsulto Juliano, *que por la exheredacion siguiente de vn hijo, se declara, y expressa lo que por la voluntad del padre se comprehendia en la institucion precedente de todos los demàs.*

81. Idem ex text. in *l. Qui non militabat* 78. *ff. Eod. tit. de hared. instituend.* en que se supone la especie de vna institucion de herederos hecha por el testador de dos partes de la herencia en Lucio Ticio, y de vn Quadrante en Publio Mevio, *en la qual respondiò el Consulto Papiniano, que por la asignacion de el Quadrante hecha en el segundo heredero; se declarò el modo, y forma expressa con que avia de percebir las dos partes el primero.*

82. Vtique ex sententia Vlpiani in *l. Denique* 8. §. *Interdum* 7. *ff. de pecul. legat.* en que por aver vn testador gravado à su esclavo à que pagasse ciento à sus herederos, *resolviò, que claramente constaba de la volun-*

tad

tad que tuvo de legarle su peculio, aunque no lo expressò en testamento. Y la razon de decidir es genuina, por que nada tuviera que dar á los herederos si no huviera de percebir peculio, ni herencia alguna del testador; y assi fuera inutil, y vana la disposicion.

83. Et denique, alijs omissis, de la respuesta del Consulto Pomponio in *l. Proculus* 19. *ff. de vsufruct.* se colige la misma doctrina; *por que alli, la condicion siguiente de constituir servidumbre* Altius tollendi, *obra, que en el legado precedente del vsufructo, se entienda tambien legada la propriedad.*

84. Con que siendo esto assi, queda bastantemente fundado, que no solò no obsta à Don Juan Frãcisco la decission de la *ley* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopilat.* si no que expressamente es en su favor; la qual, como ella misma dize, no necessita de mas interprete, ni declaracion, que la voluntad expressa de el Fundador; que con las palabras que supo, ò que quiso, expressò la que tuvo de excluir à las hembras, que naciessen de los dichos varones llamados à este Mayorazgo: y que solo entrassen en el caso de contravencion por enagenar algunos de sus bienes.

85. Que conforme à las reglas de todos Derechos es la Glossa de mas superior doctrina, y de mas puntual observacion, Dom. Castill. *tom.* 5. *controv. cap.* 96. *num.* 8. Mantica, *de coniectur. lib.* 8. *tit.* 14. *num.* 8. & 18. Simon de Prætis, *de Interpretat. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 3. *solut.* 5. Et cum multis exornat Casanat. *consl.* 33. *num.* 32.

86. De todo lo qual resulta, que no estando admitida, ni por ley, ni por voluntad de el Fundador la Condesa, imo verò omnino exclussa ab ista successione, no puede hazer competencia à Don Juan Francisco y que se le ha de absolver de su pretension. Et hæc quo ad eius secundam partem dixisse sufficiant.

DIS-

DISCURSO TERCERO.

EN QVE TOTALMENTE SE EXCLVYE por hecho, y por derecho la pretension de D. Bartolome Joseph Bohorquez.

87. DOs medios tiene esta parte, que qualquiera le bastaba à Don Bartolomè Joseph para el estremo de su desengaño; ambos se reducen à defecto de parte legitima, para deducir su intento. El primero por hecho, y el segundo por todos Derechos.

PRIMER MEDIO.

88. Por hecho, dize Don Bartolomè, que es hijo natural de Don Baltasar, vltimo posseedor de este Mayorazgo. Este es fundamento de su intencion: no lo prueba; luego no puede competir, y mucho menos intentar obtener. La mayor de esta es innegable, como principio de vulgar axioma.

89. La segunda quiere negar Don Bartolomè, probando, que tiene justificada la filiacion; lo vno del referido pleyto possessorio, que siguiò con Don Juã Francisco, en que como queda dicho supra num. 12. fue vencido, y en èl hizo probanças sobre su filiacion natural. Lo otro, del pleyto que sobre dicha filiacion, y alimentos, muerto el Don Baltasar, siguiò con sus Albaceas, y heredera; en el qual fueron condenados à la paga de cierta porcion: y declarado por hijo natural, por la executoria referida supra *num.* 16. cuyos pleytos, autos, y probanças tiene reproducidos en este juizio de propriedad.

90. Lo qual no es bastante, ni legitima prueba de su filiacion natural; y assi la menor del sylogismo, patet ex sequentibus. *Lo primero*, porque el juizio que siguiò sobre filiacion natural, y alimentos, fue con el Dõ Bal-

Baltasar, y por su muerte con su heredera, y albaceas, cuya executoria no puede perjudicar à Don Juan Francisco, que alli no litigò; con que para cosa juzgada le faltan las tres identidades, que simul se requieren por derecho de causa, cosa, y personas, para que pueda obrar, y aprovechar.

91. Esta conclusion es corriente, y se prueba de los textos comunes, y vulgares, *l.11.ff. de his qui sunt sint, l.3.§. Meminisse, ff. de agnosc. liber. l.2. tit.20. part.4. cap. Causam 7. qui fil. sint leg.* con muchos que junta Dom. Castill. *tom.5. cap.104. à num.22.* & in specie *num.40. vers. Deinde*, & magis ad rem novissimè Dom. D. Francisc. Ramos del Mançano, *lib.2. ad leg. Julias, & Papias, cap.27. sub num.7.* ibi: *Ac proinde non ex eo, quod in iudicio de alimentis supponatur plenè cognitum de filiatione, atque neque etiam sit tanquam filium ali debere pronuntietur; sequitur aut præcisè infertur fuisse plenè probatam aut decissam incidentem quæstionem filiationis.* Y se prueba del texto in *l. Si servus 42. ff. de liberal. caus.* con otros que exorna, y funda la conclusion el señor Ramos ibidem, *num.8. & in cap.22. à num.2.*

92. Lo segundo, por que aunque estè declarado por hijo natural de Don Baltasar no le aprovecha para este juizio de propriedad, aunque estè en la possession del estado de tal natural, no lo estando en la de los bienes, si no Don Juan Francisco Polanco, à quien como Reo se le demanda, ad text. in *l. Sicuti, §. Si res, ff. Si servit vindit*, Dom. Ramos, *dict. cap.22. num.2.* Posth. *de manut. observ. 10. num.60.* Lupo, *de illegitim. comment. 2. §.3. num.51.* Barbos. *in l. Titia, num.13. ff. solut. matrimon.* Et ex Menoch. Surd. Peregrin. & pluribus Joann. Angel. Bosio, *2. part. moral. var. tit.1. §.43. à num.1422.* Farinac. *in repertor. iudic. quæst.43. num.47.*

93. Lo tercero, y vltimo, por que aunque aya reproducido en este pleyto los autos, probança, y sentencias de la filiacion; tanquam res inter alios acta, no

puede perjudicar à esta parte que alli no litigò, no aviendo en este juizio (con su citacion, y de la de las demás partes, y en el termino de prueba) ratificado, y examinado de nuevo los testigos de dichas probanças, vt est communis conclusio, ex *l. Cum antea* 5. *C. de recept. arbitr. l. fin. C. de test. cap. Veniens* 38. *cap. Præsentata* 5. *eodem.* Latè Dom. Castill. *dict. cap.* 104. *num.* 44. & Noguerol. *allegat.* 25. *num.* 300. & in specie Dom. Paz, *de Tenut. cap.* 32. *à num.* 2. & *ex nostra l. Regia* 33. *§.* 11. *tit.* 11. *lib.* 2. *Recopilat.* esta prevenido que los autos, y probanças, y sentencia que sobre privilegios, para librar la persona, se dieren, no aprovechen en la causa principal de hidalguia, que se tratare con el Fiscal de su Magestad, y parte legitima, aunque se reproduzgan por actos possitivos, vbi Narbon. *gloss.* 12. & Dom. Solorçan. *tom.* 2. *de Indiar. iur. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 63.

94. Y aunq̃ lo referido cessara, siendo cierto, q̃ de la misma forma, y cõ mas facilidad q̃ se prueba la filiaciõ natural, se excluye; y aviendo presunciones en contra, la destruyẽ totalmente, ex notatis à Paul. Zachia. *post lib.* 10. *qq. medic. legal. decis. Rot. Rom.* 81. *à n.* 2. omissis alijs, q̃ cõsistan, y estan alegadas, y probadas, assi en el pleyto de la filiacion con D. Baltasar, como en el possessorio con Don Juan Francisco, en que fue vencido Don Bartolomè; solo harèmos la advertencia, y reparo sobre estas tres.

95. La primera, de no declarar la madre, q̃ siendo siempre cierta, aqui es tã incierta, y dudosa, que no se descubre quien fuesse; circunstancia tan precissa por Derecho Real, *l.* 11. *Taur.* que sin ella no se puede mandar hijo natural, y la razon es, porque ignorada la madre, se ignora la calidad, y estado que tenia para hazer concepto de la habilidad à vno de los dos tiempos concepcion, ò parto, y descubrir el impedimento, que, ò ratione sanguinis coniunctionis, aut superioris, vel inferioris status pudiera aver para celebrar matrimonio entre los padres naturales, vt notat omnes repetentes in dict. *l.* 11. *Taur.*

La

96. La segunda, de el defecto del reconocimiento de el padre, prevenido por qualidad precissa in dict. *l.11.Taur.* Y aunque sin embargo estè declarado por hijo natural por la referida executoria, solo podrà servir contra los herederos de Don Baltasar, con quien litigò, no empero para intentar sucession de bienes de mayorazgo, à que aunque fuera de ascendiẽte, y tuviera à expresso llamamiento del Fundador, no pudiera tener accion para oponerse, faltandole el reconocimiento de el padre, ex notatis à prædictis DD.

97. La tercera de la resistencia tan grande que el Don Baltasar hizo assi en vida, contradiziendo la demanda de filiacion, y alimentos del Don Bartolomè, como en muerte, antes, y despues de otorgado el testamento, en que reconvenido por diferentes personas, à todas se negò, y contradixò, quanto el referido pretendia, que a ser su hijo con quien tan natural es la dilecciõ, no es verisimil que lo dexara de declarar, y reconocer, notant in specie Dom. Solorçan. *lib.3. Politic.cap.32. vers. Lo segundo. & lib.2. cap. 30. num. 33.* Paul.Zachia, *post lib. 10.qq.medic.legal. decis.Rot. Rom.81.num.19.* Y mas en el articulo de la muerte, donde todas passiones depuestas, solo el Christiano zelo es el que incita à declarar la verdad, descargandose en tan congojado lançe de qualquier obligacion, para la seguridad de la partida, vt ex S.Salviano Masiiensi Episcop. & alijs erudite considerat Anneus Robert. *lib.1.rer.iudicatar.cap.3.pagin. mihi 28.*

98. Y assi faltandole la legitimacion bastante de la persona en el hecho, por defecto de probança, queda probado el primer medio, con que passarèmos al segundo, que aun sin aver fundado el primero, ni negado la filiacion natural à Don Bartolomè Joseph, se halla totalmente excluido de poder suceder en este Mayorazgo.

SE-

99. Por derecho de ſus miſmas defenſas, y alegatos, pues dize que es regular, y no de agnacion, ni maſculinidad, y ſi lo fuera quod negamus, de ningun modo pudiera entrar à pretenderlo, ni ſer parte para introducirſe à eſte juizio, no ſiendo de tercio, y quinto, ni fundado por aſcendiente, que es ſolo el caſo en que los hijos naturales pueden ſuceder en los mayorazgos de Eſpaña, no en los de tranſverſales, como eſte lo es, en que abſolutamente por ſu naturaleza eſtàn excluìdos por todos Derechos, ex *l.2.tit.15.part.2. l.40. Taur.* Et pluribus fundatis à Dom. Molin. *lib.3. cap.3. num.*41. Dom. Caſtill. *tom.5. cap.*82. *à num.*24. Dom Solorçan. *tom.2. de Indiar. iur. lib.2. cap.17. à num.9.* Eſcobar, *de puritat.1. part. quæſt.*4 *§.6. à num.*2. Noguer. *allegat.9. à num.29.*

100. Mas ſiendo, como es eſte mayorazgo de preciſſa, y rigoroſa agnacion, fundado por tranſverſal, y no pudiendoſe eſta verificar en los ilegitimos, y naturales; ſe halla abſolutamente excluìdo de poder ſuceder; aunque fueſſe hijo natural de Don Baltaſar, y que no tuviera llamiento eſpecifico, como lo tiene Don Juã Franciſco, ſi no ſolo generico, como pariente del Fundador, teniendo la qualidad de varon agnato, y ſiendo, como es legitimo, y de legitimo matrimonio nacido. Cuya concluſion es tan cierta, è inegable, que haſta oy no ha avido Autor que la contradigà.

101. Et ſic comprobant ex *l. vltim. C. de natural. liber. l. Hac part. ff. Vnde cognat.* Bartol. *in l. Tutelas, num.3. ff. de capit. demin.* Bald. *conſ.*319. *num.*8. *lib.*1. Menoch. *præſumpt.*78. *num.*31. *lib.*4. *& conſ.*754. *num.*5. Surd. *conſ.*553. *num.*34. Peregrin. *de fideicom. art.* 26. *nu.*63. Mantic. *de coniectur. lib.8. tit.* 12. *num.*19. Rota apud D. Ludoviſ. *deciſ.*433. *num.*16. vbi Add. *litter.* C. Rota

apud

apud Farinac. *decis.395.num.4 part.1.* Cyriac. *controv. 9.num.1.55.& 104.controv.8.à num.20.& à num.78. controv.584. num.15.& 27.& contr.281.num.19.* Gracian. *discept. Forens.554.num.51.& 52.& discept.218. num.19.49.& 88.* Fussar. *cons. 145.num.25.* Peregrin. *cons.30. num 5.& 7. volum.4.* Et ex nostris Dom. Molin. *lib.1.cap.4.num.46.* Vbi Add. Mier. 2.*part.quæst.2.num. 95.* cum pluribus D. Francisc. Hyeronim. de Leon, *decis. Valentin.1. à num.54.& 65.& à nu.94.tom.3.* Con que se ajusta, que assi por hecho, como por Derecho està excluìdo totalmente de la sucession de este mayorazgo D. Bartolomè Joseph de Bohorques.

CONCLVSION DE LOS DISCVRSOS.

102. De todo lo fundado en ellos se saca por evidente, y legitima conclusion ser Don Juan Frãcisco de Polanco el sucessor legitimo en este mayorazgo, para que como tal se le declare, y absuelva de las pretensiones de la Condesa, y Don Bartolomè; pues este, ni aquella no le pueden competir; no la primera, por ser hembra, y que como tal està excluìda, ya fuesse el mayorazgo de masculinidad, ya como lo es de agnacion rigorosa, y de precissa qualidad de varon, nacido de varon como lo dispuso expressamente el Fundador, la qual cõcurre en Don Juan Francisco, por ser hijo vnico de Don Juan Ignacio de Polanco, el vltimo llamado, y aver faltado los demàs sin hijos varones legitimos; con que llegò el caso de su llamiento, y substitucion.

103. Ni menos Don Bartolomè, assi por no aver probado su filiacion natural, como porque aunque lo huviera hecho, de qualquier forma que el mayorazgo se considere, no puede hazer competencia, y mucho menos, siendo de agnacion, de que absolutamente estàn excluìdos los naturales, y mas siendo el Fundador transversal, y llamado los hijos varones de los que nombrò en la clausula, que todos eran legitimos.

104. Y el vno, y otro la Condesa, y Don Bartolomè, que se hallan vencidos en el juicio possessorio, este por las sentencias de vista, y revista de la executoria referida supra *num.* 12. y la Condesa por las dos sentencias del inferior, y de vista de la Sala, que la confirmò; de que aviendose suplicado, è introducido el juizio de la propriedad, se proveyò el auto referido supra *num.* 14. con que la Condesa, y Don Bartolomè se hallan vencidos: y no aviendose probado cosa de nuevo en este juizio de la propriedad se le debe absolver, y dar por libre à Don Francisco.

105. Ita ex *l. Qui petitorium. l. In rem actio. l. Officium, ff. de rei vindicat. l. 2. l. Sivè possidetis. l. Matrem. l. Actor. C. de probat. l. Vti frui. ff. Si vsusfruct. petat. l. Miles. §. Veteranus. ff. de militar. testam.* Cum alijs pluribus Dom. Paz *de Tenut. cap. 69. à num.* 2. Y la razon es legitima, por que en las causas de sucession de mayorazgos, los juizios, y pleytos possessorios tienen adherente, y mixta la propriedad, y de ella se conoce, segun la disposicion de la *l. 45. Taur.* en que se ordena, que muerto el vltimo posseedor passe la possession civil, y natural de los bienes del mayorazgo en aquel sucessor, que segun la disposicion, ò fundacion debiere suceder en èl.

106. Con que aunque se pida la possession por los opositores que salieren, y se siga juizio possessorio entre ellos, tambien se trata de la propriedad, y dominio que al sucessor legitimo compete por la fundacion; y la sentencia que en este juizio se diere, obra efectos de cosa juzgada, tam quo ad possessionem, quam quo ad proprietatem; maximè si fuere juizio possessorio plenario, donde hechas probanças por todas las partes, y presentados quantos instrumentos huviere, que conduzgan à su favor, se huviere determinado en favor de alguno, que declarando averfele transferido la possession, virtualmente se declara por dueño, y legitimo successor del mayorazgo, por derecho, y voluntad, y nõbramiento de el Fundador. Et

107 Et ſic communiter concludunt, & reſolvunt Dom. Greg. Lop. *in l. 7. tit. 4. part. 5.* verb. *Poſſeſſion*. Dom. Palac. Rub. *in dict. l. 45. Taur. num. 2.* D. Covarr. *lib. 3. var. cap. 5. num. 6.* vbi plures Faria, Matienç. *in l. 8. tit. 7. lib. 5. Recopil. gloſſ. 4.* Mieres, *part. 3. quæſt. 24. à num. 19.* Dom. Molin. *lib. 3. cap. 13. à num. 9.* vbi Add. Eſcobar, *de puritat. part. 1. quæſt. 13. §. 3. num. 52.* Noguer. *allegat. 9. num. 94.* Dom. Larrea, *deciſ. 35. num. 14.* Roxas, *de incompatibil. part. 5. cap. 5. n. 34.* Anton. Amat. *reſol. 39. num. 126.* Dom. Paz, *de tenuta, tom. 1. cap. 6. n. 7.* ibi: *In interdicto, l. 45. Taur. eſt l. 10. tit. 7. lib. 5. novæ compilat. Mixta proprietas eſt, & in eo vincere non poteſt; niſi qui ſe verum ſucceſſorem, & dominum probaverit, &c.* D. Vela, *diſſert. 48. num. 55. & 56.* ibi: *Nec enim maioratus poſſeſsio alij debetur, quàm cui ius ſuccedendi in eo verè cõpetit.* Et cum P. Molina, Villadieg. Milanenſ. Scipio. Rovit. Ant. Gom. Fontanel. Avendañ. & Gratian. Anton. Amat. vbi ſupr. Dom. Caſtill. *tom. 5. cap. 91. num. 50.* Dom. Præſul. Valenç. *conſ. 97. num. 220. & 221.*

108 Y ſolo en el juizio de tenuta, *l. 9. & 10. tit. 7. lib. 5. Recopil.* ſe puede limitar eſta regla, por ſer juizio irregular, extraordinario, y ſumariſsimo, donde no ſe conoce, ni trata, como en los poſſeſſorios plenarios de la propriedad, como lo advierte, y reſuelve el ſeñor Paz, *de tenut. cap. 69. num. 7.* con otras razones de diferencia de vnos à otros juizios, que referirlos, no es del intento; porque aqui han ſido juizios poſſeſſorios plenarios los que ſe han tratado, y en que ha vencido Don Juan Franciſco à la Condeſa, y à Don Bartolomè. Y aunque digan que tienen reſervado el derecho para el juizio de la propriedad, en cuya virtud lo deduzen; ſe reſponde, que no teniendo, como no tienen alguno, pues no lo han probado como debian, clara, y expreſſamente, y ſin duda alguna, ni manifeſtado de nuevo otro, que el que deduxeron en dichos pleytos poſſeſſorios, ſe hallan en el miſmo eſtado para ſer excluidos, y que ſe le abſuelva à Don Juan

Fran-

Francisco de sus demandas, vt sic resolvunt DD. relati num. præcedenti. Y lo espera Don Juan Francisco se determine à su favor.

NVEVO DISCVRSO, añadido contra la nueva pretension, introduzida por Don Diego, menor hijo de Don Luis de Egues, y la Condesa.

109 Yà escritos, è impressos los antecedentes discursos, y el pleyto concluso, y para verse en la Sala, sale el Curador de dicho menor de edad de año y medio (que con las dilaciones que han formado la Condesa, y Don Bartolomè, han dado lugar à que nazca despues de otra hija, que les naciò antes à la Condesa, y su marido) pretendiendo, que en caso de no ser este mayorazgo regular para succeder su madre, se ha de considerar por de nuda masculinidad para succeder èl, como su hijo varon. A esto se reduze su pretension, la qual se excluye, y convence por dos partes. La primera, por ser este mayorazgo de agnacion rigorosa. Y la segunda, porque aunque se tuviera por de masculinidad simple, ò nuda en el estado que oy està, no lo puede pretender dicho, menor, ni hazer competencia à Don Juan Francisco.

PARTE PRIMERA.

110 El fundamento del menor pupilo, para pretender la succession de este mayorazgo, es quererlo considerar por de nuda masculinidad, quando no se tenga por regular, fundandose, en que los llamamientos fueron de varones, y tambien en que el Fundador era cognado, y que por el gravamen de Apellido, y Armas, induxo vna agnacion ficta de nuda masculinidad, ex fundatis à nobis *supra num.* 54. Y porque mientras el pleyto se ha seguido hasta aora, no ha sido necessario disputar la quef-

question de si es de agnacion rigorosa, ò solo de masculinidad simple, pues como diximos *supra num.* 47. no era entonçes del intento, porque de qualquier forma que se considerasse, compitiendo Don Juan Francisco con hēbra, tenia derecho claro para obtener.

111 Y aora que ha salido el hijo pupilo, fundaremos, que sinembargo la tiene clara, y manifiesta Don Juan, para que se le absuelva de esta nueva pretension, y asi dezimos, que este mayorazgo es, y se debe tener por de agnacion rigorosa. Tum por los fundamentos que dexamos propuestos *supra num.* 52. 53. & 55. con los A A. que alli alegamos, todos los quales notan, que los llamamientos de varones de varones induzen precissa, y rigorosa agnacion, sin mezcla de hembras, ni menos de varones, que de ellas procedieren, tanquam provenientes ex infecta radice, & principio vitioso, que no puede darlo para constituir la linea de qualidad prevenida por el Fundador, vt notavimus *dict.* 52.

112 Tùm, porque aunque el Fundador fuesse cognado, y pariente de los llamados, ex parte matris, aviendo llamado varones en todas lineas; y con el gravamen de Apellido, y Armas, inducido vna agnacion ficta, constituida vna vez esta, se ha, y debe continuar precissa, y forçosamente en todas las lineas de los llamados con la qualidad que les puso de varones de varones, como si el Fundador fuera agnado, y pariente de parte de el padre con los parientes que nombrò, y como si fuera agnacion rigorosa, y precissa.

113 Sic in specie resolvunt Mantica, *de coniect. lib.* 8. *tit.* 18. *à num.* 16. Peregrin. *de fideicom. art.* 26. *num.* 2. & 17. Bellon, *cons.* 72. *num.* 1. & *cons.* 33. *à num.* 1. Surd. *cons.* 316. *à num.* 6. & *cons.* 241. *à num.* 11. Sobre el Estado de Veragua, & *cons.* 773. *num.* 87. Fussar. *de subst. quæst.* 404. *num.* 9. & *cons.* 1. *num.* 34. Cephal. *cons.* 251. *num.* 49. *lib.* 2. Rusticis, *cons.* 1. *num.* 24. Avendañ. *in l.* 40. *Taur. gloss.* 9. *à num.* 34. Trentacinq. *de substit. part.* 4. *cap.*

K 7. *num.*

7.*num.*10.Seff.*decis*.254.*num*.5.Dom.Molin.*lib*.3.*cap*.5. *à num*.52.Dom.Castill.*lib*.2.*cap*.4.*à num*. 84. Augustin. Barbof.*lib*.2.*vot*.*decis*.70.*num*.21.ibi: *Et si quando fundator est masculus, & primus vocatus similiter masculus, & deinde vocantur, etiam masculi in futurum, tunc videtur deducta ratio conservandæ agnationis, & solum admitti debent masculi ex masculis, non etiam masculi ex fœminis*. Mario Cutell.*ad leges Martini, notabil*. 53. *num*. 21. Y con otros muchos AA. y grandes fundamentos Dom. Larr. *decis*.34.*num*.28.

114 Cuya agnacion, aunque artificiosa, y fingida, por el gravamen de Apellido, y Armas, y respecto del Fundador à los llamados, por ser cognados, es natural, respecto de estos à sus descendientes, de quienes han de ser agnados, y varones de varones para poder succeder, y asi se tiene por precissa, y rigorosa agnacion, y de la misma forma que la natural, y verdadera, Dom. Vela, *dissert*.49.*à num*.45.Dom.Molin.*dict*.*cap*.5.*num*. 69. D. Larrea, *decis*. 53. *à num*. 2. Dom. Castill. *tom*. 5. *cap*. 92. *num*. 16. & *tom*. 6. *cap*. 133. *num*. 19. & 20. Dom. Larr. *decis*, 34 *num*.49. Casanat. *cons*. 20. *num*. 29. & *cons*. 23. *num*.4.Dom.Perez de Lara, *de vita hominis*, *cap*.30.*n*.96. D.Cabreros, *de metu*, *lib*.2.*cap*.9.*num*. 14.

115 Sin poderse considerar por de simple, y nuda masculinidad, maximè intra præscriptos gradus, & personas a testatore nominatas, qui prius succedere debent virtute vocationis, cum qualitate agnationis ex parte primi vocati, aut substituti, ante quam cognati, & masculi descendentes ex fœmina possint prætendere successionem, quin possint nepotes masculi ex fœmina filia procreati excludere masculum substitutum ex masculo procreatum. Ita Anton. Gom. *in l*.40. *Taur n*.16. Vbi refert Gregor.Lop.Palac.Rub.Cifuent. y mas de 50 AA. despues dèl, Vincent Fussar. *de substit*. *quæst*.404.*n*.6. con otros que trae Dom.Castill. *tom*.3.*cap*.29.*num* 8. & 9. Y Anton.Fabr. *de error*. *pragm*. *decad*. 28. *error*. 8.*n*.4.

&

& error.10.num.7. & post omnes in terminis Dom. Vela, *dissert.* 49. *num.* 45. & Dom. Larr. *decis.*34.*num.*8. *& decis.*54.*num.*7. Y en los proprios terminos, *num.* 24. cuyas palabras, aunque puntuales, omitimos referir por abreviar.

116 Tùm, porque como diximos *sup. à n.*38. *ad* 41. Don Bartholomè de Bohorques, padre de D. Balthasar, el segundo llamado, y vltimo posseedor, y abuelo de la Condesa, y visabuelo del menor, que aora ha salido, no estuvo llamado, ni comprehendido en el llamamiento deste, ni mas que su hijo varon, que fue D. Balthasar, ni en el de Don Balthasar otro que el hijo varon que dexasse nieto del Don Bartholomè, y no el viznieto, hijo de nieta, hembra, y excluida, como dexamos fundado, y llamada solo la madre para el caso de enagenacion por lo restrictivo de las personas, y en fuerça del discretivo llamamiẽto, q̃ dexamos fundado; y assi han de succeder primero todos los substituidos, y llamados, antes que los nietos, ò viznietos de algunos de ellos que procedan de hembra, sea el mayorazgo de agnacion; ò cõsiderese por de nuda masculinidad.

117 Vt probatur ex text. *in l. quæ conditio, ff. de condit. & demonstr. & in specie*, ex text. *in l. hæredes mei, §. fin. ff. Trebell. l. cum pater* 77. *§. à te peto, ff. de leg.* 2. *l. cũ ita legatur, §. in fideicommisso. l. peto, §. fratre, & §. fin. ff. eodem, l. in plurium, ff. de acquir. hær. l. quoties, ff. vsufruct. l. generaliter, §. quid ergò, ff. de fideicomm. libert.* Auth. *Hoc amplius, C. de fideicomm. l. ad probationem, C. de probat. cap.* 1. *§. hoc autem, tit. de his qui feud. dar. poss. cap.* 1. *§. fin. de success. feud.* ex quibus cõmuniter DD. relati à D. Covarr. *pract. cap.*38. *à num.* 2. vbi plures Faria, Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 2. *num.*27. *& cap.*4. *num.*33. vbi Add. *& lib.* 2. *cap.* 11. *num.*36. vbi Add. Peregrin. *de fideicomm. art.* 10. *n.* 22. Gutierrez, *cons.*7. *num.*9. latèquè Dom. Paz, *de tenuta, cap.*34. *num.*40. Dom. Castill. *lib.*5. *cap.*92. *num.*1. *& cap.* 166. *num.*26. *& cap.*178. *num.* 15. Noguer. *alleg.* 23. *à*

num.

*num.*4.Barbos.*voto decis.*70.*num.*4. Dom. Larrea, *decis.* 54.*à num.*16.*& decis.*53.*num.* 26. Cyriac.*controv.* 521. *num.*52.*& controv.*525.*num.*61.

118 Y asi aviendo el Fundador deste mayorazgo prescripto, y señalado gradualmente, cada vno en su lugar; à los hijos varones de los quatro primeros especifica, y literalmente, y dado despues discretivo llamamiento, y substitucion à las hembras, para en aquel caso de enagenacion, y aunque no lo huviera puesto, si no que simpliciter las huviera llamado, de ningun modo ellas, ni sus hijos varones pudieran entrar hasta aver faltado los varones de los varones primero llamados, como notan dichos AA. conque deningun modo el menor hijo de la Condesa puede pretender la succesion del mayorazgo, tengase por de agnacion rigorosa, ò cõsiderese por de masculinidad simple, aunque estè en la linea contentiva de su tio Don Balthasar, ò en la efectiva de su visabuelo Don Bartholomè, a quien por las dichas razones no puede representar.

119 Text.*in l.* 40. *Taur.* Dom. Molin. *lib.*3. *cap.*8.*num.*2.*&* 3.Dom.Paz, *de Tenut.cap.* 85.*num.* 65. Dom.Valenç.*cons.*23.*num.* 118.*& cons.*113.*num.* 105. Dom.Castill.*tom.*3.*cap.*19.*num.*29.Peguera, *decis.*116. *num.*37.Fab.Capic.Galeot.*lib.*1.*controu.* 48.*à num.* 61. Giurb.*de success. feud.*§.2.*gloss.*7.*num.* 59. Avendañ.*in l.* 40.*Taur.gloss.* 19.*num.*5.Fontanel.*decis.*294.*num.*19.& ex Bart.Paul.de Castr. Gratian. Surd. Casanat. & alijs Francisc. Censal. ad Peregrin. *art.* 21. vers. *Atquè hinc*, & ex Dom. Covarr. Dom. Molin. Castill. & alijs Robles de Salced.*de representation.lib.*3 *cap.*6. *à num.* 4. *& lib.* 1. *cap.*13.*à num.*13.*ad* 16.Anton. Amat. *resol.* 10.*num.* 16. Anton.Thesaur.*lib.*1.*forens.quæst.*61.*num.*10. & ex Raudens. Mart. Tiber. Decian. Farin. & alijs Vincent. Fussar. *quæst.*484.*num.*21.& cum pluribus Dom.Castill.*tom.* 5. *cap.*91.*à num.*73.*ad* 75.*& cap.*92.*à num.*17.

120 Ex quibus, & alijs à prædictis DD. considera-

deratis, quę videri possunt apud eos, à nobisquè (repetere omissis brevitatis causa) fundatum remanet omninò excludi minorem pupillũ filiæ Comitissæ veniente ad hanc litẽ contra expressam fundatoris voluntatẽ, ideoquè nõ esse audiendum ex ratione, *l. illis libertis*, *ff. de condit. & demonstr.* ibi: *Contra voluntatem defuncti petens audiri non oportet.* Et per consequens ab eius nova petione absolvendum esse nostrum D. Joannem Franciscum de Polanco.

PARTE SEGUNDA.

121 Quando lo referido cessara, y que tuviera algun derecho el menor à este mayorazgo (que negamos) no teniendolo al tiempo de la vacante, si no sobrevenidole diez años despues q̃ ha durado el pleyto, por las dilaciones con que las partes conrrarias lo han detenido, no lo puede intentar aora de ningun modo, ni es parte para salir à este juizio.

122 Porque segun el decreto, y disposicion de nuestra *ley Real* 45. *de Toro*, mortuo vltimo possessore illico, atquè statim ex legis ministerio, passa la possession civil, y natural en el successor legitimo llamado, ò nombrado por el Fundador, aunque sea substituido, y de otra linea de la del vltimo posseedor, teniendo la qualidad requisita por la fundacion, talitèr quod nec per momentum temporis, se dà, ni puede dar vacante, vt comprobat Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 20. argument. Gloss. *in l. hæreditas*, verb. *successeritis*, *C. depositi*, quæ resolvit, quod vbi datur continuatio possessionis, non dicitur hæreditas vaccans, & sic concludunt plurib. D. Castill. *tom.* 5. *cap.* 91. *n.* 50. P. Molin. *de iust. & iur. disp.* 636. *num.* 4. Dom. Paz, *de tenut. cap.* 45. *à num.* 5.

123 Conque el que no huviere nacido, tunc temporis non potest dici successor, neque oppositor, y solamente lo serà legitimo, el que entonçes se hallare con llamamiento, y calidad para aquel caso que ya llegò de

la succession del mayorazgo, la qual no puede estar suspensa, porque in ea agitur de dispositione morientis, quæ in pendenti existere nequit; ad text. *in l. final. in fin. ff. commun. prædior.* Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 4. & cum in pendenti esse non possit, & deferatur successori sequenti, qui licet sit remotioris lineæ, aut gradus; preocupavit successionem; & tanquam proximior habetur, etiam in maioratibus regularibus.

124 Vt ex text. *in l.* 1. *§. si quis proximior, ff. vndè cognat. l.* 1. *§. sciendum, l. Titium, ff. suis, & legitim. hæred. l. penult. §. quandiu, ff. vndè legitim. §. cum autē,* vers. *Planè institution. de hæredit. quæ abintestat. defer.* notarunt Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 36. *&* 37. *& lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 7. vbi Add. P. Molin. *disp.* 634. Mieres, *part.* 1. *quæst.* 2. *num.* 66. Peregr. *de fideicom. art.* 22. *à num.* 73. Cevall. *quæst.* 693. *num.* 23. *&* 27. Denatis lite pendente; Surd. *cons.* 125. *num.* 41. Gribell. *decis. Dolan.* 108. Giurb. *decis.* 76. Thesaur. *quæst. for.* 84. *lib.* 3. Dom. Castill. *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 103. *& cap.* 15. *in toto.*

125 Luego si el menor hijo de la Condesa, y de Don Luis de Egues no era nacido al tiempo, y quando muriò Don Balthasar, el vltimo posseedor de este mayorazgo, y entonçes no huvo otro que pudiesse excluir el llamamiento de Don Juan Francisco; etiam, que este fuesse en grado, ò linea mas remoto, y que lo tuviesse anterior el menor, ò su linea, y le sobreviniesse despues por el nacimiento la qualidad de varon, por ser como pretēde el mayorazgo de masculinidad, no puede ser de embarazo, ni quitar el derecho adquirido en èl à Don Juan Francisco, por la translacion de la possession, y dominio pleno, que se le transfiriò, y que conserva por muerte del vltimo posseedor.

126 Porque como dixo Bald. *in l. precibus, C. de impuber. & alijs subst. n. 6. in conditionibus prima existentia consideranda est, non quod ex post facto supervenerit;* & ideò qui proximior, aut substitutus, licet alterius lineæ

repe-

reperitur tempore obitus vltimi possessoris ad successionem maioratus admittitur, y los demàs que provienen de otras lineas, aunque anteriores en el llamamiento, semper censentur exclusi, licet causa exclusionis non duraverit, & qualitas, sivè capacitas, succedendi de novo eis superveniat, ad text. *in cap.* 1. *§. Quin etiam Episcopum, vel Abbatem in vsibus feudor.* Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 22.

127 Y asi es comun resolucion de todos los DD. sin que aya alguno que la contradiga, que el que se halla immediato a la succesion al tiempo de la muerte del vltimo posseedor entra en ella, y se le transfiere luego al punto irrevocablemente, sin que el que nace despues, aunque sea mas proximo, y de mejor grado, y linea, le pueda revocar la succesion adquirida, no solo en possession, si no tambien en la propriedad, vt in terminis ex text. *in l.* 2. *§. in filijs, ff de Decurion. l. interdici* 59. *ff. de cond. & demonstrat. l. non oportet* 52. *ff. de leg.* 2. *l. intervenit, ff. de leg. præstand.* & ex Dom. Molin. Mieres, Alvarad. Thesaur. & alijs Dom. Solorçan, *tom.* 2. *de Indiar. Iur. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 3. *& in Politica Indiana, lib.* 3. *cap.* 20. *vers. En favor de la qual,* Roxas, *de incompatibilit. maiorat. p.* 7. *cap.* 6. *num.* 28.

128 Y en terminos de nuestro caso con grandes fundamentos Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 10. *à num.* 4. *ad* 15. *& à nu.* 38. *cum seqq.* vbi Add. *à num.* 1. *ad* 44. Alciat. *cons.* 119. *à num.* 2. *lib.* 9. Mieres, 2. *part. quæst.* 6. *num.* 47. Gratian. *discept.* 218. Azeved. *cons.* 9. *num.* 25. Fussar. *de substit. quæst.* 318. *n.* 3. D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 15. *à num.* 2. *& lib.* 5. *cap.* 91. *per totum,* Francisco Censal, ad Peregrin. *artic.* 27. *fol.* 227. *&* 228.

129 Y esto (como notò Dom. Castill. *dict. cap.* 91. *num.* 47.) procede sin dificultad alguna, quando el llamamiento del que se hallò proximior, habilis, vel capax, & cum qualitate à fundatore requisita tempore delatæ succesionis, era literal, y claro, como en nuestro caso

so lo es el llamamiento de Don Juan Francisco, como hijo vnico varon de Don Juan Ignacio, especifica, y literalmente llamado; tunc enim sin disputa, ni duda alguna la succession adquirida en possession, y propriedad, queda irrevocable perpetuamente, sin que la qualidad, ò persona superveniente se la pueda quitar, ni sirva de embarazo alguno.

130 Et in Patronatibus Anniversarijs, & Cappellanijs idem procedere, notarunt Garcia, *de Beneficijs, lib.2.cap.1.à num.*73. Didac. Perez, *in l.*1.*tit.*6.*lib.* 1. *Ordinam.* vers. *Nono mouetur*, Spino, *de testament. gloss.* 4. *nu.* 70. Cevall. *quæst.* 678. *à num.* 16. Dom. Lara, *de Anniuersar. & Cappell. lib.*2.*à num.*51. Gutierrez, *cons.*2.*à n.*16 cum alijs Addentes ad D. Molinam, *lib.*1.*cap.*10.*à num.*1. *ad* 44.

131 Conque assi por la vna, como por la otra parte se halla el menor excluido, y remoto totalmente, no solo de poder succeder, pero ni aun de competir, ni oponerse à este pleyto, & per consequens, que à D. Juan Francisco se ha declarar por legitimo successor del mayorazgo, sobre que se litiga, y absolver de esta, y de las demas pretensiones de la Condesa, y de Don Bartholomè, pues tiene todas las calidades que para ello se requieren por derecho, y voluntad del Fundador, y no se duda, ni puede dudar de la legitimacion de su persona, aunque las partes cotrarias voluntariamente, y sin fundamento en sus alegatos se la han querido negar, y por ser notoria, y constar de los autos, no haziendo caso de cosa tan frivola, no hemos hecho insistencia en esto. Y assi lo espera D. Juan Francisco se determine à su favor. Salva T.S.D.C. Granada, y Noviembre 28. de 1696.

Lic. Don Juan Luys de Soto.